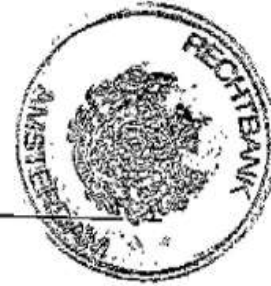


In naam van de Konink

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/606274 / KG ZA 16-426 MV/MV

Vonnis in kort geding van 24 mei 2016

in de zaak van

1. de vereniging
VERENIGING BUMA,
gevestigd te Amstelveen,
advocaat mr. S.R.M.T. Janssen te Hoofddorp,
2. de stichting
STICHTING TER EXPLOTATIE VAN NABURIGE RECHTEN (SENA),
gevestigd te Hilversum,
advocaten mrs. D.J.G. Visser en P. de Leeuwe,
eiseressen bij dagvaarding van 29 april 2016,

tegen

1. de stichting
STICHTING COMMERCIEËLE OMROEP EXPLOITATIE ZUIDHOLLAND (SCOEZH),
gevestigd te Zevenhuizen,
2. R [REDACTED]
wonende [REDACTED]
gedaagden,
advocaat mr. J.A.M. van Oers te Amsterdam.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 10 mei 2016 hebben eiseressen, hierna ook Buma en Sena, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met dien verstande dat zij bij faxbericht van 10 mei 2016 een verzoek tot eiswijziging hebben gedaan. Gedaagden, hierna ook SCOEZH en [REDACTED] hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht. Ter zitting waren aanwezig:
aan de zijde van Buma: B. Buller (bedrijfsjurist) met mr. Janssen;

C/13/606274 / KG ZA 16-426 MV/MV
24 mei 2016

2

aan de zijde van Sena: J.I. Jansen (bedrijfsjurist) met mr. De Leeuwe en haar
kantoorgenoot mr. P.J. Kreijger;
aan de zijde van SCOEZH en [REDACTED]: [REDACTED] met mr. Van Oers.
Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2. De feiten

- 2.1. Buma en Sena zijn collectieve beheersorganisaties. In ruil voor een licentievergoeding verlenen zij namens de rechthebbenden die zij vertegenwoordigen toestemming aan derden tot openbaarmaking van muziekwerken en commerciële fonogrammen waarop auteursrechten en naburige rechten als bedoeld in de Wet Naburige Rechten (WNR) rusten.
- 2.2. SCOEZH is in 1996 opgericht en exploiteerde vanaf die datum de radiozender Fresh FM. [REDACTED] is middellijk bestuurder van SCOEZH. SCOEZH beschikt over een vergunning voor het uitzenden van het Commissariaat voor de Media (CvdM). Tevens beschikt zij over de benodigde vergunning van het Agentschap Telecom (AT). Fresh FM zendt uit via de ether en via www.fresh.fm. Ook organiseert Fresh FM feesten.
- 2.3. Op vordering van Buma is SCOEZH in de periode vanaf 2003 meerdere keren veroordeeld door de voorzieningenrechter en door de bodemrechter tot het betalen van de onder 2.1 genoemde licentievergoeding, die is gebaseerd op een percentage van de reclame-inkomsten, en tot het doen van opgave van die reclame-inkomsten. Tevens is SCOEZH op vordering van Buma door de rechter meerdere keren, op straffe van dwangsommen, verboden enig muziekwerk behorende tot het Buma-repertoire openbaar te maken.
- 2.4. Op 22 juli 2015 is SCOEZH op verzoek van Buma gesommeerd om de openstaande voorschotfacturen met betrekking tot de jaren 2010 tot en met 2015 inclusief rente te voldoen en is SCOEZH verzocht de benodigde gegevens te verschaffen over haar inkomsten over de periode van 2010 tot en met 2014, zodat de eindafrekeningen kunnen worden opgesteld. Ook is SCOEZH gesommeerd om inbreuken op de auteursrechten van Buma te staken.
- 2.5. Op vordering van Sena is SCOEZH bij vonnis van 23 mei 2000 door de rechtbank Den Haag veroordeeld tot betaling van onbetaalde facturen en tot het doen van opgave van (te verwachten) reclame-inkomsten. Een tweede door Sena tegen SCOEZH aanhangig gemaakte procedure heeft geleid tot de vaststellingsovereenkomst van 18 oktober 2013. Nadien is SCOEZH door de rechter op straffe van dwangsommen veroordeeld tot nakoming van deze vaststellingsovereenkomst.

C/13/606274 / KG ZA 16-426 MV/MV
24 mei 2016

3

3. Het geschil

3.1. Buma en Sena vorderen – kort gezegd – en na wijziging van eis het volgende:

1. SCOEZH te verbieden inbreuk te (doen) maken op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden die door Buma en Sena worden vertegenwoordigd, meer in het bijzonder om SCOEZH te verbieden zonder schriftelijke toestemming van Buma en zonder een billijke vergoeding op grond van artikel 7 WNR aan Sena te betalen, muziek openbaar te maken, op straffe van een dwangsom van € 20.000,- per muziekwerk;
2. ████████ te verbieden inbreuk te (doen) maken op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden die door Buma en Sena worden vertegenwoordigd, meer in het bijzonder om Wedel te verbieden zonder schriftelijke toestemming van Buma en zonder een billijke vergoeding op grond van artikel 7 WNR aan Sena te betalen, muziek openbaar te maken, op straffe van, naar keuze van Buma en Sena
 - A. lijfswang van één dag per muziekwerk, met dien verstande dat de lijfswang hooguit 10 dagen per kalendermaand kan worden geëxecuteerd, dan wel
 - B. een dwangsom van € 20.000,- per muziekwerk;
3. SCOEZH en ████████ hoofdelijk te veroordelen in de proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv (€ 6.172,38 + € 7.350,-), te vermeerderen met de nakosten; en
4. de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv te bepalen op zes maanden te rekenen vanaf de datum van dit vonnis.

3.2. Buma en Sena stellen hiertoe – samengevat weergegeven – dat SCOEZH tot op heden met het uitzenden (openbaar maken) van muziek zonder daarvoor toestemming te hebben van Buma en zonder daarvoor de in artikel 7 WNR genoemde vergoeding te betalen, inbreuk maakt op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden die door Buma en Sena worden vertegenwoordigd. Buma en Sena en hebben vanaf 2000 herhaaldelijk tegen Fresh FM (te weten tegen SCOEZH en ████████ en tegen de inmiddels ontbonden vennootschap van Wedel, Wedel Communications B.V.) geprocedeerd om de verschuldigde licentievergoedingen te incasseren. Zij hebben daartoe hoge kosten gemaakt. Diverse beslagen onder banken, de fiscus en op roerende goederen hebben niets opgeleverd. Ondanks de toegewezen vorderingen in vijf bodemprocedures en drie kort gedingen weigert Fresh FM categorisch om de verschuldigde vergoedingen te voldoen en de inbreuk te staken. De opgelegde dwangsommen zijn evenmin voor Fresh FM een voldoende prikkel tot nakoming geweest; Fresh FM blijft immers uitzenden. Gelet op het voortdurende karakter van de inbreuken die Fresh FM pleegt en gelet op de schade die dit teweeg brengt, hebben Buma en Sena een spoedeisend belang bij toewijzing van het gevorderde jegens SCOEZH. Het handelen van SCOEZH heeft bovendien een (negatief) uitstralingseffect op andere niet-landelijke radio-omroepen.

██████████ wordt in dit kort geding (op grond van artikel 6:162 BW) als bestuurder

C/13/606274 / KG ZA 16-426 MV/MV
24 mei 2016

4

aansprakelijk gesteld. Aan hem kan een persoonlijk en ernstig verwijt worden gemaakt van de voortdurende inbreuk. Vanaf juni 2001 is hij enig (middellijk) bestuurder van SCOEZH. Vanaf 1997 was hij bij SCOEZH betrokken als adviseur. Hij was ook de feitelijk beleidsbepaler binnen ██████ Communications B.V. tot aan de ontbinding van die vennootschap in november 2014. Ook uit dien hoofde is hij bekend met alle door Buma en Sena gevoerde juridische procedures. De domeinnaam www.fresh.fm staat op naam van ██████, althans tot de ochtend van de zitting in dit kort geding. ██████ kan niet alleen een verwijt worden gemaakt van de voortdurende en doelbewuste inbreuk, maar ook van de betalingsachterstanden (terwijl hij andere schuldeisers wel voldeed) en van het feit dat hij bewust – ondanks zijn uitdrukkelijke toezeggingen – heeft nagelaten opgave te doen van de (reclame)inkomsten van SCOEZH. ██████ heeft bovendien in persoon met Sena overeenkomsten gesloten (in 1998 en in 2013) waarvan hij wist of redelijkerwijs kon begrijpen dat SCOEZH die overeenkomst niet zou nakomen. Dit alles maakt dat de vorderingen jegens ██████ op straffe van lijfswang moeten worden toegewezen. Duidelijk is dat eerder opgelegde dwangsommen onvoldoende prikkel vormden (en bovendien niet ten uitvoer konden worden gelegd wegens gebrek aan verhaalsmogelijkheden). Met die lijfswang wordt beoogd toekomstige inbreuken te stoppen. Lijfswang is in dit geval voor Buma en Sena het laatste middel.

3.3. SCOEZH en ██████ hebben verweer gevoerd tegen de vorderingen. Op dit verweer wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Bevoegdheid

4.1. SCOEZH en ██████ hebben aangevoerd dat weliswaar in de Modelovereenkomst tussen Fresh FM en Buma is opgenomen dat de rechter te Amsterdam bevoegd is van geschillen kennis te nemen, maar dat dit niet geldt ten aanzien van Sena. De vorderingen ten aanzien van Sena dienen haar dan ook te worden ontzegd omdat alleen de rechtbank Den Haag bevoegd is. De voorzieningenrechter volgt SCOEZH en ██████ hierin niet. De vordering van Sena is gegrond op onrechtmatig handelen door gedaagden. Buma en Sena hebben gesteld dat de op hun rechten inbreuk makende radio-uitzendingen (tevens) openbaar worden gemaakt in het arrondissement Amsterdam. SCOEZH en ██████ hebben dit niet bestreden. Dit leidt ertoe dat (ook) de voorzieningenrechter van deze rechtbank bevoegd is kennis te nemen van het geschil tussen Sena enerzijds en SCOEZH en ██████ anderzijds.

Eiswijziging

4.2. De eiswijziging heeft er onder meer betrekking op dat in de oorspronkelijke eis is gevorderd ██████ te verbieden “via de ether” muziek openbaar te maken, en

dat de gewijzigde eis inhoudt [REDACTED] in zijn algemeenheid te verbieden muziek openbaar te maken. De gewijzigde eis ziet dan bijvoorbeeld ook op openbaarmaking van muziekwerken door middel van webcasting. [REDACTED] heeft bezwaar gemaakt omdat uitzending via de ether iets wezenlijks anders is dan door middel van webcasting. Ter zitting heeft de voorzieningenrechter de eiswijziging toegestaan, ondanks de bezwaren van [REDACTED]. Weliswaar wordt hierdoor mogelijk een ruimer verbod gevorderd dan aanvankelijk beoogd, maar dit ligt geheel in lijn met de inhoud van de dagvaarding, te weten dat het verboden is inbreuk te maken, ongeacht de vorm waarin dit gebeurt.

Inbreukverbod

4.3. Uitgangspunt bij de beoordeling van het inbreukverbod is dat niet is bestreden dat Fresh FM inbreuk maakt op de auteurs- en naburige rechten. SCOEZH en [REDACTED] bestrijden immers niet dat er geen licentie is verkregen (en dat de radio-uitzendingen desalniettemin doorgaan), zij bestrijden alleen dat zij daarvoor verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Kern van het verweer van SCOEZH en [REDACTED] is immers dat SCOEZH en [REDACTED] Communications B.V. slechts tot 1 september 2011 de radio-uitzendingen van Fresh FM hebben geproduceerd. Per die datum zou de productie van de radio-uitzendingen zijn overgedragen aan Stichting Radio Randstad. Sinds 1 januari 2015 zou, aldus SCOEZH en [REDACTED], die productie in handen zijn van Thiago Holding B.V. Deze vennootschap dient derhalve door Buma en Sena te worden aangesproken. Thiago Holding B.V. was in afwachting van de nieuwe modelovereenkomst met Buma en Sena en heeft daarom sinds de overname nog niets ondernomen, aldus SCOEZH en [REDACTED]. Ook hebben SCOEZH en [REDACTED] in dit verband aangevoerd dat het is toegestaan de onder 2.2 genoemde vergunningen te "verhuren". Het CvdM en het AT stellen niet de eis dat de vergunninghouder zelf de uitzendingen moet verzorgen, aldus SCOEZH en Wedel.

4.4. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is onvoldoende aannemelijk geworden dat derden en niet SCOEZH en [REDACTED] aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de inbreuk. SCOEZH heeft beide hiervoor bedoelde vergunningen aangevraagd en die vergunningen staan op haar naam. De van toepassing zijnde regelgeving, waarop Buma en Sena zich ter zitting hebben beroepen, brengt mee dat het er voorshands voor moet worden gehouden dat de vergunninghouder de frequenties in gebruik neemt en houdt, effectieve controle uitoefent op de uitzendingen en daarvoor de (redactionele) verantwoordelijkheid draagt. De vergunninghouder bepaalt dus het aanbod. De vergunningen kunnen niet aan een derde worden overgedragen. Dat SCOEZH en [REDACTED] in het kader van dit kort geding plotseling Thiago Holding B.V. naar voren schuiven als zijnde de verantwoordelijke voor de uitzendingen van Fresh FM, acht de voorzieningenrechter bovendien niet geloofwaardig. Het had toch op zijn minst voor de hand gelegen dat SCOEZH Buma en Sena op het moment van overname zou melden dat Thiago Holding B.V. verantwoordelijk werd voor de uitzendingen, hetgeen SCOEZH niet heeft gedaan. Dat SCOEZH in de periode 2010-2015 niets van Buma heeft

C/13/606274 / KG ZA 16-426 MV/MV
24 mei 2016

6

vernomen en daarom ook zelf niets aan Buma berichtte, acht de voorzieningenrechter evenmin geloofwaardig. Mogelijk is Thiago Holding B.V. als producent betrokken bij het maken van de radio-uitzendingen, maar dit ontslaat SCOEZH niet van haar verantwoordelijkheden en verplichtingen jegens Buma en Sena. De vorderingen jegens SCOEZH liggen hiermee voor toewijzing gereed. De dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.

De vordering jegens ██████

4.5. Buma en Sena hebben in het verleden tal van pogingen gedaan om SCOEZH en ██████ Communications B.V. in rechte aan te spreken. Sinds 2001 is ██████ enig bestuurder van SCOEZH, tot januari 2006 als natuurlijk persoon en sindsdien via YouToo Management B.V. en You Too Holding B.V. Ook was ██████ oprichter en (indirect) bestuurder van het in 2014 opgeheven ██████ Communications B.V., een vennootschap die zich, net als SCOEZH, structureel niet aan uitspraken van rechters hield. Voorts is ██████ degene op wiens naam www.fresh.fm staat, althans tot de ochtend voor de zitting in dit kort geding. In juli 2015 heeft hij e-mails van Fresh FM ondertekend met '██████████ Directeur' (zie productie 5 van SCOEZH en ██████). ██████ is dus de feitelijk beleidsbepaler binnen SCOEZH. Hij is degene die altijd de onderhandelingen met Buma en Sena heeft gevoerd en degene die in procedures altijd als vertegenwoordiger van SCOEZH en ██████ Communications B.V. optrad, ook indien klachten worden ingediend bij AT, CvdM, ACM (Autoriteit Consument en Markt) en bij de Geschillencommissie Auteursrechten. De voorzieningenrechter is op grond hiervan van oordeel dat aannemelijk is dat ██████ bekend is met het inbreukmakende karakter van de radio-uitzendingen en hij ook bij machte is die inbreuk te staken. Van die inbreuk valt ██████ – kortom – een ernstig en persoonlijk verwijt te maken. Dit betekent dat ook de vorderingen jegens ██████ in persoon voor toewijzing gereed liggen. De dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.

Lijfswang

4.6. Vervolgens ligt de vraag voor of jegens ██████ lijfswang kan worden uitgesproken. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag bevestigend. Alle dwangsomveroordelingen die in het verleden jegens SCOEZH en ██████ Communications B.V. zijn uitgesproken, hebben – omdat nimmer vermogensbestanddelen werden aangetroffen – niet tot executie geleid. De deurwaarder heeft evenmin vermogensbestanddelen van ██████ in persoon aangetroffen. Het is niet waarschijnlijk dat een jegens ██████ uitgesproken dwangsomveroordeling dit keer wel effect zal hebben. Vanwege de ernst en de duur van de door ██████ gepleegde inbreuk is thans lijfswang op zijn plaats. Zoals door Buma en Sena terecht aangevoerd houdt ██████ zich stelselmatig niet aan gerechtelijke bevelen, terwijl hij hiertoe redelijkerwijs wel in staat is (hij kan immers de uitzendingen van SCOEZH stopzetten). Buma en Sena hebben een groot belang dat ██████ het inbreukverbod nakomt (ook vanwege het uitstralingseffect op andere

C/13/606274 / KG ZA 16-426 MV/MV
24 mei 2016

7

niet-landelijke commerciële omroepen) en voldoende gebleken is dat de gebruikelijke executiemiddelen geen resultaat sorteren. Lijfswang is onder deze omstandigheden een laatste redmiddel voor Buma en Sena.

Proceskosten

4.7. SCOEZH en [REDACTED] zullen als de in het ongelijk gestelde partijen worden veroordeeld in de kosten van dit geding. Buma en Sena hebben aanspraak gemaakt op een volledige proceskostenveroordeling als bedoeld in artikel 1019h Rv. Blijkens producties 20 en 31 hebben Buma en Sena in totaal aanspraak gemaakt op € 13.522,38 aan advocaatkosten. Door SCOEZH en [REDACTED] is tegen (de hoogte van) dit bedrag geen verweer gevoerd. Het bedrag van € 13.522,38 is dan ook toewijsbaar.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt SCOEZH inbreuk te (doen) maken op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden die door Buma en Sena worden vertegenwoordigd, meer in het bijzonder om zonder schriftelijke toestemming van Buma en zonder een billijke vergoeding op grond van artikel 7 WNR aan Sena te betalen, muziek openbaar te maken, op straffe van een dwangsom van € 2.000,- per muziekwerk behorende tot het Buma repertoire of per commercieel fonogram of per (gedeelte van een) dag dat dit verbod wordt overtreden, zulks ter keuze van Buma en Sena, en met een maximum van € 200.000,-;

5.2. verbiedt [REDACTED] inbreuk te (doen) maken op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden die door Buma en Sena worden vertegenwoordigd, meer in het bijzonder om zonder schriftelijke toestemming van Buma en zonder een billijke vergoeding op grond van artikel 7 WNR aan Sena te betalen, muziek openbaar te maken, op straffe van een dwangsom van € 2.000,- per muziekwerk behorende tot het Buma repertoire of per commercieel fonogram of per (gedeelte van een) dag dat dit verbod wordt overtreden, zulks ter keuze van Buma en Sena, en met een maximum van € 200.000,-, of zulks ter keuze van Buma en Sena op straffe van lijfswang van één dag per muziekwerk behorende tot het Buma repertoire of per commercieel fonogram, met dien verstande dat de lijfswang hooguit 10 dagen per kalendermaand kan worden geëxecuteerd;

5.3. veroordeelt SCOEZH en [REDACTED] in de kosten van dit geding tot op heden aan de zijde van Buma en Sena begroot op € 98,61 aan dagvaardingskosten, € 13.522,38 aan salaris advocaat en € 619,- aan griffierecht;

C/13/606274 / KG ZA 16-426 MV/MV
24 mei 2016

8

-
- 5.4. veroordeelt SCOEZH en ██████ in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,- aan salaris advocaat, te vermeerderen met € 68,- en de kosten van het betekeningsexploit ingeval betekening van dit vonnis plaatsvindt;
- 5.5. bepaalt de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv vast op zes maanden te rekenen vanaf de datum van dit vonnis,
- 5.6. wijst dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.W. van der Veen, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Veraart, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 24 mei 2016.



UITGEGEVEN VOOR GR:
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

